

Título: El nuevo régimen de redeterminación de precios en el decreto 691/2016

Autores: Guglielminetti, Ana Patricia - Ibarzábal, Milagros

Publicado en:

Cita Online: AP/DOC/875/2016

Sumario: I. Introducción.— II. Principales modificaciones introducidas por el decreto 691/2016.— III. Conclusiones

#### I. Introducción

El 19 de mayo de 2016 se publicó en el Boletín Oficial el decreto 691/2006 (1) por el que se aprueba el "Régimen de Redeterminación de Precios de Contratos de Obra Pública y de Consultoría de Obra Pública".

Este decreto, según surge de sus considerandos, se dicta en el entendimiento de que "corresponde reemplazar la 'Metodología de Redeterminación de Precios de Contratos de Obra Pública' prevista en el decreto 1295/2002, aprobando un nuevo régimen, con el objeto de mantener el equilibrio económico financiero de los contratos de obra pública y consultoría de obra pública, garantizando de esta manera la continuidad de su ejecución aplicando el principio de esfuerzo compartido y permitiendo, a su vez, la celebración de nuevos contratos que otorguen mayor certeza y transparencia".

Dicha novedad normativa se inserta en un contexto jurídico y económico con otras complejidades que las existentes en la época del dictado del decreto 1295/2002 (2), tal como son las derivadas del mantenimiento de la prohibición legal de indexación de la moneda frente a la persistencia del fenómeno inflacionario, que ha sido caracterizado como "endémico"(3) en nuestro país.

Resulta oportuno recordar que, en virtud de la naturaleza bilateral y conmutativa del contrato de obra pública, el precio y el derecho del contratista a percibirlo implican un elemento esencial y constituye la obligación principal del comitente. Es por ello que el cumplimiento excesivamente rigorista del principio pacta sunt servanda, requirió de morigeraciones para corregir los desequilibrios que afectaban el tráfico jurídico (4).

Tal como se verá seguidamente, subyacen en la regulación del régimen de redeterminación de precios diversas clases de intereses. De un lado, el del contratista privado, en cuanto tiende a resguardar el equilibrio económico financiero del contrato. Del otro lado, el interés del Estado de ejecutar las obras necesarias y asignar racionalmente sus recursos, para lo que es necesario evitar el innecesario incremento del precio de obra y del gasto público derivados del riesgo o incertidumbre puestos a cargo del cocontratante particular (5).

De un modo u otro, las distintas figuras estabilizadoras del precio, entre ellas el régimen de redeterminación de precios, revelan la necesidad de mitigar los efectos perjudiciales de la inflación con el fin de asegurar la debida ejecución de las obras públicas y de preservar la economía del contrato.

#### II. Principales modificaciones introducidas por el decreto 691/2016

El decreto 691/2016, por el que se sustituye el decreto 1295/2002 (6) y se aprueba, como Anexo I, el "Régimen de Redeterminación de Precios de Contratos de Obra Pública y de Consultoría de Obra Pública de la Administración Pública Nacional", **introdujo cambios sustanciales y procedimentales.**

Entre las **modificaciones incorporadas** por esta nueva regulación se pueden destacar, por su relevancia, las vinculadas con el **ámbito de aplicación subjetivo y material**, la **Comisión de Control y Seguimiento**, la **cláusula gatillo**, el **congelamiento del beneficio** y el **establecimiento de un nuevo procedimiento para obtener la redeterminación de precios**. A ellas se referirá en sus grandes líneas seguidamente.

##### 1. **Ámbito de aplicación**

En cuanto al ámbito de aplicación subjetivo del contrato, a diferencia de **la reglamentación anterior**, que establecía genéricamente su aplicación a la Administración Pública nacional centralizada y descentralizada (7), el art. 2° del decreto 691/2016 especifica que será aplicable a la Administración Pública nacional en los términos de lo previsto en el art. 8°, inc. a), de la Ley de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional 24.156 y sus modificatorias (art. 2°). Esto es, a la Administración nacional, conformada por la Administración central y los organismos descentralizados, comprendiendo en estos últimos a las instituciones de seguridad social (8).

**Seguidamente invita**, como lo hacía el decreto 1295/2002, **a las provincias, a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires e incorpora, también, a los municipios a adherir** a lo establecido en el decreto comentado o a

dictar normas similares en sus respectivas jurisdicciones.

Asimismo, especifica que podrán también adherir a dicho régimen las empresas y sociedades del Estado, las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria y los fondos fiduciarios integrados total o parcialmente con bienes y/o fondos del Estado nacional.

No contempla el texto de dicho artículo la posibilidad de adhesión por parte de las sociedades de economía mixta y todas aquellas otras organizaciones empresariales donde el Estado nacional tenga participación mayoritaria en el capital o en la formación de las decisiones societarias, no obstante integrar el sector público nacional en virtud de lo dispuesto por el inc. b) del art. 8° de la ley 24.156.

En cuanto a la posibilidad de adhesión de los fondos fiduciarios, la reglamentación prevé que puedan hacerlo no sólo los fondos fiduciarios que integran el sector público nacional —esto es, los integrados mayoritariamente con fondos o bienes del Estado nacional— sino también aquellos en que la participación del Estado sea minoritaria y no integran, por tanto, dicho sector.

En este sentido, la reglamentación expande el ámbito de aplicación subjetivo del régimen de redeterminación de precios y por esa vía, de manera indirecta, el ámbito de aplicación material, por cuanto, a través de la adhesión, es factible que dicho régimen, en el ámbito nacional, resulte aplicable a contratos de locación de obras que no se encuentran sujetos a la ley 13.064, por tratarse de contratos celebrados por empresas o sociedades de titularidad estatal cuya regulación o leyes de creación excluyen la aplicación de la Ley de Obras Públicas o por fondos fiduciarios integrados minoritariamente por fondos u otro tipo de aportes estatales.

El art. 1° del nuevo régimen establece expresamente que el régimen alcanza a "los contratos de obra y de consultoría de obra pública".

En esa tónica define el ámbito material de aplicación del nuevo régimen. Como se advierte, la primera innovación (9) surge al disponer que se aplicará a los contratos de obra pública y a los contratos de consultoría de obras públicas regidos por la ley 22.460 "que tengan un objeto directamente relacionado con la obra pública". Así, establece que los servicios de consultoría comprenden "los estudios, proyectos, controles y verificaciones de toda clase, necesarias para la planificación, proyecto, ejecución, mantenimiento y operación de una obra pública regida por la ley 13.064 y sus leyes modificatorias y complementarias"(10).

La incorporación de los contratos de consultoría de obras públicas dentro del ámbito de aplicación material del régimen de redeterminación de precios es una novedad respecto del régimen anterior. En los considerandos del decreto se justifica tal decisión en el hecho de que estas contrataciones están íntimamente ligadas a la problemática de las obras públicas y "porque al tener extensos plazos de ejecución, muchas veces ligados al plazo de una obra pública, de no admitirse la redeterminación de precios, las propuestas presentadas no responderían a los valores de mercado".

Cabe recordar que la extensión del ámbito de aplicación puede originarse, también, en la fuerza expansiva del contrato de obra pública, en especial con relación a los contratos de provisión de cosas muebles alcanzadas por el régimen legal de la obra pública (11), a las obras públicas por accesoriedad, en los términos del art. 1° del decreto 19324/1949 (12), y a los contratos mixtos (13).

Resulta importante destacar que, a diferencia de la regulación anterior, el art. 2° del decreto 691/2016 no contiene una exclusión expresa de la aplicación a las concesiones de obra pública u otros contratos de concesión con régimen propio y cobro directo al usuario (14), como así tampoco respecto de los contratos de concesión de servicios, licencias y permisos (15).

Por último, en lo atinente a la delimitación del ámbito de aplicación material del régimen comentado, es necesario precisar que prevé, al igual que el anterior, que en los contratos que incluyan financiamiento de organismos multilaterales de los cuales la Nación Argentina sea parte se registrarán por las condiciones acordadas en los respectivos contratos de préstamo y supletoriamente por el régimen del decreto 691/2002 (art. 15, párr. 1°, del Anexo I).

El nuevo régimen incorpora, además, la posibilidad de que el comitente pueda establecer un régimen específico de conformidad a las condiciones acordadas en los respectivos contratos de préstamo en los supuestos de contratos que incluyan fuentes de financiamiento provenientes del exterior, en el marco de convenios celebrados por la Nación Argentina, ya sea de instituciones bancarias o de inversión, las cuales representen un porcentaje significativo del total del proyecto u obra. Contempla la norma que supletoriamente

tales supuestos se regirán por la reglamentación comentada. El porcentaje antes referido será el establecido por resolución conjunta de los ministros que, en la organización actual, tienen delegadas las competencias en materia de contratación y ejecución de obras públicas, el cual no podrá ser inferior al 70% (art. 15, párr. 2º, del Anexo I).

## 2. Comisión de Control y Seguimiento

El art. 4º del decreto 691/2016 crea la Comisión de Control y Seguimiento en el ámbito del Ministerio de Interior, Obras Públicas y Vivienda, la que estará integrada por dos representantes de los siguientes organismos: el Ministerio del Interior, Obras Públicas y Vivienda, el Ministerio de Transporte, el Ministerio de Energía y Minería, la Unión Obrera de la Construcción de la República Argentina y la Cámara Argentina de la Construcción. Agrega que podrá estar integrada por tres senadores y tres diputados, a propuesta de las respectivas Cámaras. También contempla que la Comisión podrá convocar a representantes de otras instituciones del sector público y privado con competencias en la materia, aunque no estén enumerados en el artículo.

Entre sus funciones se hallan: (i) analizar las problemáticas del sector de la construcción y proponer medidas para superarlas, (ii) analizar las dificultades que afecten a la política en materia de contrataciones de obra pública y consultoría de obra pública a fin de proponer soluciones, (iii) proponer acciones que contribuyan a la transparencia y certeza de los procedimientos de redeterminación de precios que se realicen por este régimen, (iv) proponer mejoras en el sistema de información y modificación en los procedimientos de redeterminación, (v) colaborar con el INDEC, (vi) monitorear variaciones de las alícuotas impositivas, entre otras (16). En síntesis, su rol consiste en analizar aquellos factores que contribuyan a alcanzar un régimen más eficaz para determinar las variaciones de precios que inciden en la ejecución de este tipo de contratos administrativos.

Dicha Comisión es similar a la establecida en el decreto 1295/2002 (17), aunque con finalidades más específicas y una ampliación en su composición, atento a que duplica el número de miembros y admite la posibilidad de que se convoque a legisladores o a instituciones vinculadas. Repite, en este punto, su estructura con representantes tanto del sector público como del privado, acertadamente, en virtud de que son ambos los interesados en la eficacia del sistema.

Específicamente, la integración de la Comisión por distintos ministerios refleja la delegación que prevé el art. 2º de la ley 13.064 (18).

## 3. Aspectos sustanciales de la redeterminación de precios. Especial referencia a sus límites cuantitativos

El Régimen de Redeterminación de Precios de Contratos de Obra Pública y de Consultoría de Obra Pública aprobado como Anexo I del decreto 691/2016 incorpora modificaciones interesantes en lo atinente a los límites cuantitativos de la redeterminación de precios, en especial respecto a la denominada "cláusula gatillo" y al alcance de la redeterminación (19).

a) Admisibilidad, oportunidad y elementos sustanciales de la redeterminación de precios. El sistema de cláusula gatillo

El régimen aprobado por el decreto 691/2016 mantiene el sistema de la "cláusula gatillo" o el "umbral de revisión", pero disminuye el porcentaje que habilita el inicio del procedimiento de revisión, en tanto dispone que los precios correspondientes a la parte faltante de ejecutar podrán ser redeterminados —a solicitud del contratista— cuando los costos de los factores principales reflejen una variación promedio superior al 5% (20) a los del contrato o precio de la última redeterminación (21).

Establece, además, que "el porcentaje fijado en el párrafo precedente podrá ser modificado por resolución conjunta de los ministros del Interior, Obras Públicas y Vivienda, de Transporte y de Energía y Minería, con la previa intervención favorable de la Comisión de Control y Seguimiento, del Régimen de Redeterminación de Precios de Contratos de Obra Pública y de Consultoría de Obra Pública de la Administración Pública Nacional" (22).

En otras palabras, la nueva reglamentación mantiene el sistema de cláusula gatillo, esto es, la posibilidad de revisar el precio del contrato a partir de un determinado umbral cuantitativo cuya verificación tiene implicancias procedimentales, dado que determina el inicio del procedimiento de redeterminación, y sustanciales, por cuanto la redeterminación se aplica hacia el futuro, debiendo el contratista absorber las variaciones de los precios hasta tanto se verifique dicho porcentaje. Pero disminuye el umbral de revisión del 10% al 5% y, en consecuencia,

mitiga el riesgo del locador con relación a la potencial pérdida acumulable.

Nótese que el art. 3º, párr. 2º, del Anexo I faculta a "modificar" dicho porcentaje, lo cual permite su disminución pero también su incremento.

El ejercicio de la potestad de modificar ese porcentaje exige la previa intervención de la Comisión de Control y Seguimiento, cuyo dictamen favorable tiene, según se desprende de la norma, carácter vinculante.

En cuanto a la oportunidad de la redeterminación de precios, prescribe que se redeterminarán a partir del mes en que los costos de los factores principales que los componen hayan adquirido una variación de referencia que supere el 5% (23). Sin embargo, en el supuesto de que la solicitud de redeterminación y adecuación provisoria se hubiere presentado pasados cuarenta y cinco días corridos contados desde el último día del mes en que se haya alcanzado la variación de referencia, los nuevos precios se aplicarán a la parte de contrato faltante de ejecutar a la fecha de aquella solicitud (24).

Los nuevos precios que se establezcan se van a aplicar sobre la parte del contrato que falte ejecutar al inicio del mes en que se produce la variación de referencia promedio, la cual refleja que su aprobación continúa siendo hacia el futuro.

Con relación a los factores principales de la estructura de precios, el art. 5º establece que los nuevos precios se determinarán ponderando, según su probada incidencia, (i) el costo de los materiales y de los demás bienes incorporados a la obra, (ii) el costo de la mano de obra, (iii) la amortización de equipos y sus reparaciones y repuestos y (iv) todo otro elemento que resulte significativo, a criterio del comitente, en su probada incidencia en el precio total.

En lo que respecta al contrato de consultoría de obra pública, los limita sólo a las variaciones de los costos de mano de obra y traslado. Establece, con carácter restrictivo: "Sólo en los casos en que a criterio del comitente, hubiere otros elementos que tengan probada y relevante incidencia en el precio total de la prestación, se podrá disponer la inclusión de otros factores en la estructura de ponderación y, en consecuencia, redeterminar dichos contratos de consultoría en relación con las variaciones de esos insumos" (25).

En lo vinculado con las fuentes de información de los precios de referencia, el nuevo régimen conserva el criterio (26) de que se obtendrá del INDEC o por otros organismos oficiales o especializados aprobados por el comitente (art. 6º).

Para analizar qué precios serán redeterminados, según dicho régimen, se tendrán en cuenta los ítems que componen la estructura de costos de cada uno de los ítems desagregados del contrato, incluidas las cargas sociales y tributarias o su incidencia en el precio total. Los precios o índices de referencia a utilizar van a ser los aprobados por el comitente al momento de la adjudicación (art. 7º).

Con el fin de calcular la variación de precios de cada factor se tomarán como punto de partida la oferta o la última redeterminación hasta el mes en que se haya alcanzado la variación de referencia promedio (art. 8º).

El régimen aprobado por el decreto 691/2016 no contempla, a diferencia del anterior, categorías de obras predeterminadas con su correspondiente estructura de ponderación de insumos y fuentes de información de los precios (27).

Es por ello que se exige, como contenido necesario, que los pliegos de bases y condiciones establezcan la correspondiente estructura de ponderación de los insumos principales y las fuentes de información de los precios correspondientes.

Esta solución regulatoria evita las distorsiones que podía generar el régimen anterior en punto a la representatividad de dichas estructuras e índices respecto de la singularidad de la obra licitada.

También contempla la nueva reglamentación que en el caso de modificación del contrato por razones de oportunidad, mérito o conveniencia y que ello implicare una alteración en alguno de los componentes que forman parte de la estructura de ponderación de los insumos principales, el comitente deberá ajustarlo con la previa intervención de la Comisión de Evaluación, Coordinación y Seguimiento de los Procesos de Redeterminación de Precios (28).

El art. 10 del régimen mantiene la cláusula de estabilidad tributaria (29) en cuanto dispone que "Los aumentos de las alícuotas impositivas, aduaneras o de cargas sociales, trasladables al consumidor final, serán

reconocidos en el precio a pagar al contratista a partir del momento en que entren en vigencia las normas que los dispongan, en su probada incidencia. Las reducciones de las alícuotas impositivas, aduaneras y/o de cargas sociales, trasladables al consumidor final, serán deducidas del precio a pagar".

Por último, al igual que el anterior reglamento, el Anexo I del decreto 691/2016 contiene una cláusula de renuncia a todo reclamo por mayores costos al suscribir el acta de redeterminación de precios (art. 11) y la imposibilidad de aplicar el régimen correspondiente a las obligaciones en mora con causa imputable al contratista (art. 12). Por otra parte, con relación al anticipo financiero y acopio de materiales, el decreto dispone que los montos abonados por dichos conceptos no estarán sujetos al régimen a partir de la fecha de su efectivo pago (art. 13).

b) Alcance de la redeterminación de precios

El texto de la nueva regulación no es claro respecto del alcance parcial o total de la redeterminación.

Recuérdese que bajo el decreto 1295/2002 la redeterminación de precios era parcial, en tanto se excluía del reajuste el 10% del precio de contrato —que era el porcentaje conceptualmente atribuido al beneficio—, que se mantenía fijo e inamovible.

Esa solución regulatoria trajo aparejados como derivación teórica un beneficio decreciente y como derivación real un encarecimiento de las obras en función de expectativas y no de la evolución real de los precios.

Es que, como se ha señalado en doctrina, en consideraciones que, mutatis mutandis, resultan aplicables al caso, "si se obliga al contratista a soportarlo como riesgo empresario, lo único que se consigue en los hechos es que los oferentes calculen ese riesgo, bien o mal, e incrementen consecuentemente el valor de sus ofertas. En otras palabras, el único resultado práctico que ese criterio tiene es contribuir con otro factor más al encarecimiento de las cotizaciones que recibe el Estado en sus licitaciones públicas (...)"<sup>(30)</sup>.

El art. 5° del Régimen de Redeterminación de Precios de Contratos de Obra Pública y de Consultoría de Obras Públicas de la Administración Pública Nacional, al regular lo atinente a los factores principales de la estructura de precios, a diferencia del art. 4° del decreto 1295/2002 <sup>(31)</sup>, no establece que el 10% del precio total del contrato se mantendrá fijo e inamovible. Tampoco existe en el decreto 691/2016 una norma que replique el contenido explícito del último párrafo ese artículo.

No obstante, en el capítulo III, que regula el procedimiento de adecuación provisoria de precios, se dispone que las adecuaciones provisionarias de precios serán equivalentes al 90% de la variación de referencia (art. 23).

Agrega, asimismo, que dicho porcentaje podrá ser modificado —esto es, disminuido o aumentado— por resolución conjunta del Ministerio del Interior, Obras Públicas y Vivienda, del Ministerio de Transporte y del Ministerio de Energía y Minería.

El mismo artículo contempla que las diferencias resultantes entre las adecuaciones provisionarias de precios y las redeterminaciones definitivas serán liquidadas a valores del mes de la última redeterminación.

Sin embargo, al regularse en el capítulo IV la redeterminación definitiva de precios, nada se establece, tampoco, acerca de la existencia de un porcentaje fijo e inamovible.

Por lo demás, el procedimiento de redeterminación definitiva se realiza, por regla, al finalizar el contrato (art. 31) y el contratista ha de realizar la presentación a ese fin, con el cálculo correspondiente a dicha redeterminación para su verificación dentro de los noventa días corridos posteriores a la suscripción del acta de recepción provisoria. Cabe recordar, aquí, que con la recepción provisoria se inicia el proceso de extinción del contrato que requiere del tránsito de varias etapas, esto es, de la recepción provisoria, el período de garantía, la recepción definitiva, la liquidación final o cierre de cuentas, el pago del saldo del precio de la locación de obra y la devolución de las garantías, de corresponder <sup>(32)</sup>.

Merece ser mencionado, también, el art. 38, que regula la hipótesis de redeterminación con saldo a favor del comitente. Dicho artículo establece que "en el caso de que la redeterminación definitiva del precio del contrato arroje saldo a favor del Administración Pública, el comitente procederá al descuento resultante en el próximo pago que debiera realizar. Si no hubiere pagos posteriores que realizar, requerirá la devolución al contratista en un plazo de 30 días corridos contados desde que fuera notificado en tal sentido, bajo apercibimiento de ejecutar el fondo de garantía o, en su defecto, de iniciar las acciones judiciales pertinentes para su cobro".



Por otro lado, la cláusula transitoria 2ª, que establece la posibilidad de aplicación del nuevo régimen para los contratos adjudicados o en ejecución con anterioridad a su vigencia, establece, en lo que aquí interesa, que en los supuestos que los contratistas optaren por adherir al régimen aprobado por el decreto 691/2016, los precios de los contratos serán redeterminados a precios del mes anterior a su entrada en vigencia, desde los precios de la última acta de redeterminación aprobada o desde los precios básicos de contrato, según corresponda. A tal efecto, se considerará la variación de referencia operada en la estructura de ponderación de insumos principales del contrato, estableciendo explícitamente que, a los fines de la fijación del nuevo precio contractual, no se aplicará lo dispuesto en el art. 4º, in fine, del decreto 1295/2002.

De lo expuesto es posible interpretar que el nuevo régimen ha suprimido el 10% fijo e inamovible (33), correspondiendo que el precio redeterminado del contrato resulta aplicable al 100% del precio contractual.

La norma contenida en el art. 23, referida a que las adecuaciones provisorias de precios serán equivalentes al 90% de la variación de referencia, tiene una lógica distinta a la del congelamiento del 10% del precio del contrato.

Aquel porcentaje tiende a evitar que el certificado que arroje la redeterminación definitiva sea negativo, teniendo en cuenta que las adecuaciones provisorias se hacen sobre la base de la variación de referencia promedio de los factores principales de la estructura de precios utilizada para disparar la cláusula gatillo y que en este régimen, por regla, las redeterminaciones definitivas se realizan en la etapa final de extinción del contrato y no secuencialmente luego de cada adecuación provisoria.

Esta interpretación, por lo demás, es conteste con los fines explicitados en los considerandos de este decreto en el sentido en que el decreto 1295/2002 no era, en los últimos tiempos, un instrumento idóneo para preservar el equilibrio económico financiero de los contratos de obra pública y la necesidad de su reemplazo con el objeto de mantener dicho equilibrio contractual (34).

Cabe recordar que la doctrina especializada, nacional y comparada, ha sido crítica respecto del congelamiento del beneficio (35), en la inteligencia de que éste ha de girar sobre la totalidad real del capital invertido y que no aparecen razones sólidas para defender la idea de su congelamiento o invariabilidad nominal mientras se incrementa la base sobre la que dicho beneficio gravita: "el hecho de que la Administración haya tenido en cuenta el beneficio empresario para formar el proyecto implica normalmente que la estimación rectificadora (por la revisión) comprenda igualmente el beneficio" (36).

Es que, en definitiva —y sobre todo en economías que atraviesan un período de inflación constante y creciente— las regulaciones que contemplan el congelamiento del beneficio traen aparejadas la mayor onerosidad de los contratos sujetos a este alea, la distorsión de los precios, el mayor costo fiscal y la ineficiente asignación de los recursos públicos que, antes que después, terminan sufragando el precio de ese alea innecesariamente trasladada al contratista, porque —quiera reconocerse o no— el riesgo tiene precio (37).

#### 4. Procedimientos de redeterminación de precios y de adecuación provisoria de precios

En los capítulos II, III y IV del Régimen de Redeterminación de Precios de Contratos de Obra Pública y de Consultoría de Obra Pública se establece, respectivamente, el procedimiento de redeterminación de precios.

Como puede advertirse, el decreto establece para el procedimiento de redeterminación de precios dos etapas:

(i) un régimen de adecuación provisoria, según la denominación del reglamento y

(ii) uno de redeterminación definitiva, el que se efectuará al finalizar el contrato que comprende todas las adecuaciones provisorias aprobadas (38).

La reglamentación prevé una válvula de escape: sin perjuicio de lo expuesto, el comitente, de oficio o a pedido del contratista, en atención a las características particulares del contrato o a otras circunstancias que así lo exijan, podrá efectuar redeterminaciones definitivas durante la ejecución del contrato, con la periodicidad que se estime necesaria (39).

Este sistema tendería, según surge de los considerandos del decreto 691/2016, a imprimir mayor celeridad y dinamismo al procedimiento de redeterminación (40). No puede dejar de observarse, sin embargo, que el diseño del nuevo régimen exige extremar los recaudos respecto de la determinación de los factores principales que componen el precio de contrato, esto es, la estructura de ponderación de insumos principales o estructura de costos estimadas, de conformidad con lo establecido en los arts. 3º y 19, inc. c, por cuanto esa información se

aplicará para establecer el porcentaje de adecuación provisoria, según se indica en dicho inciso, y su mayor o menor precisión tendrá incidencia en la magnitud de la diferencia —positiva o negativa— que pudiera arrojar la redeterminación definitiva que, por regla, según este régimen, se realiza en la etapa final del contrato.

Esta opción es, por lo demás, compatible con la forma de pago en el contrato de obra pública, especialmente si se tiene en cuenta la modalidad de cancelación parcial y provisoria del precio en función del avance físico de la obra y sobre la base de la medición y de la certificación.

La norma describe las pautas que se deberán cumplir para solicitar la redeterminación, en función de la estructura de precios por ítem presentada en el análisis de precios contenido en la oferta (art. 18). Con ese fin contempla, también, los requisitos que deben incluir los pliegos de bases y condiciones (41) de los procedimientos licitatorios; en sustancia, la estructura de ponderación de insumos principales o la estructura de costos estimada y las fuentes de información de precios, así como la obligación del oferente de presentar el presupuesto desagregado por ítem, el análisis de precios o estructura de costos por ítem y los precios de referencia asociados a cada insumo (art. 19).

La reglamentación contempla la consecuencia jurídica que trae aparejado el incumplimiento por parte de los oferentes de presentar juntamente con la oferta la documentación prevista en el art. 19, inc. c. Tal incumplimiento torna inadmisibles la oferta (42).

Se contempla, además, la creación en cada jurisdicción u organismo de una Comisión de Evaluación, Coordinación y Seguimiento de los Procesos de Redeterminación de Precios, que intervendrá como órgano de asesoramiento técnico en estos procedimientos.

El capítulo III regula el "Procedimiento de adecuación provisoria de precios". El procedimiento se inicia a requerimiento del contratista, quien debe presentar la solicitud de adecuación provisoria de precios hasta treinta días corridos anteriores a la finalización de la ejecución de la obra o prestación del servicio. Dicho plazo tiene, por regla, carácter preclusivo y no ordenatorio; fenecido dicho plazo, ninguna solicitud podrá ser aceptada (43).

Asimismo, se dispone que la tramitación de la adecuación provisoria no podrá excederse más allá de los treinta días hábiles contados desde que se presenta la solicitud hasta que se firma el acto administrativo que admite o deniega la adecuación.

La norma no prevé la consecuencia jurídica que trae aparejada el incumplimiento por parte de la Administración de dicho plazo, por lo que la solución remite al régimen general del silencio negativo consagrada por el art. 10 de la LNPA (44). Esta solución no se corresponde con el efecto perseguido o esperado al establecerse un plazo específico —inferior al plazo general de sesenta días establecido en la LNPA— para que el órgano competente se pronuncie.

Es evidente que la consagración de un plazo inferior al plazo general establecido por el art. 10 de la LNPA tiene por finalidad asignarle mayor celeridad al procedimiento de redeterminación de precios.

Sin embargo, al no haberse acordado en forma expresa sentido positivo al silencio del órgano que debe dictar el acto administrativo —que dispone aceptar o denegar la adecuación provisoria— dicha finalidad naufraga en la regla del art. 10 de la LNPA, por cuanto el contratista tiene dos alternativas: seguir esperando el pronunciamiento expreso u optar por asignarle al silencio sentido negativo e interponer los recursos administrativos pertinentes. Claramente, ninguna de ellas constituye una opción idónea para tutelar adecuadamente el equilibrio de la economía del contrato ni para garantizar la continuidad de la ejecución de la obra sin imponerle al locador de obra un esfuerzo financiero adicional, ajeno a la de un contrato de pago directo como lo es el contrato de obra pública.

La consagración expresa del silencio positivo hubiera sido una solución que habría permitido, ante la omisión de resolver la aceptación o rechazo de la solicitud del contratista por parte del órgano competente, conciliar en forma adecuada los intereses de comitente y contratista.

Ello con una ventaja adicional. En este supuesto, las singularidades del procedimiento de redeterminación que establece adecuaciones provisorias sobre la base de una estructura de ponderación de insumos principales preestablecida en los pliegos y una redeterminación definitiva final neutralizan las resistencias o tensiones referidas a utilización de la técnica del silencio positivo (45).

Ello toda vez que en la dinámica del contrato de obra pública la redeterminación definitiva, el cierre de cuentas y el certificado final constituyen, en sí mismos, recaudos suficientes para subsanar ulteriormente las

eventuales diferencias entre el resultado de la adecuación provisoria y la redeterminación definitiva, que debe ser resuelta dentro de los noventa días posteriores a la recepción parcial de la obra.

En lo que respecta a la forma de la solicitud de adecuación provisoria, el contratista deberá presentar una nota a tenor del modelo que se acompaña como Anexo I.A del decreto. En esa presentación deberá acreditar que ha existido una variación de referencia y acompañar el detalle del cálculo y documentación que respalde el índice utilizado para el cálculo. Para el cálculo de dicha variación de referencia se deberán utilizar los índices que surjan de la última publicación del organismo oficial que corresponda (INDEC u otros organismos oficiales o especializados aprobados por el comitente) al momento de la solicitud (46).

Una vez recibida la petición, la Comisión de Evaluación, Coordinación y Seguimiento de los Procesos de Redeterminación de Precios deberá emitir un informe donde se verificará, básicamente, (i) la procedencia de la solicitud, (ii) la correspondencia de los índices utilizados, (iii) el porcentaje de variación a aprobar, (iv) el período a partir desde que corresponde aplicar el porcentaje y, finalmente, (v) determinará el nuevo monto de la garantía que se deba integrar con motivo de la variación del precio (art. 27).

El art. 28 establece que, de ser procedente la solicitud de adecuación provisoria, deberá emitirse un acto administrativo de aprobación de la adecuación por la máxima autoridad de la jurisdicción u organismo, previa intervención del servicio jurídico permanente competente. Así, se detalla que "Dicho acto dejará constancia de que se han cumplimentado los requisitos legales exigidos por la normativa vigente y fijará la adecuación provisoria de precios determinada, el mes a partir del cual corresponde su aplicación y el nuevo monto de la garantía de contrato que debe integrar el contratista".

En el caso de considerar que no se hallan reunidos los requisitos, previo dictamen, se rechazará la solicitud. En el art. 28, in fine, se prevé la posibilidad de que la máxima autoridad de la jurisdicción u organismo delegue la aprobación o el rechazo de las adecuaciones provisorias de precios del presente régimen.

Finalmente, el capítulo IV regula el mecanismo de "Redeterminación definitiva de precios". Ella se llevará a cabo una vez finalizado el contrato. En esa oportunidad, el contratista deberá acompañar el cálculo correspondiente a la redeterminación definitiva de precios, lo cual deberá llevarse a cabo dentro de los noventa días corridos posteriores a la suscripción del acta de recepción provisoria.

La Comisión de Evaluación, Coordinación y Seguimiento de los Procesos de Redeterminación de Precios, una vez que haya corroborado el cumplimiento de los requisitos exigidos, efectuará o verificará los cálculos y emitirá el informe de redeterminación definitiva de precios de los contratos.

El art. 34 establece que, posteriormente, el contratista y el comitente suscribirán el "acta de redeterminación de precios", donde se determinarán los nuevos precios contractuales, previa intervención del servicio jurídico permanente de la jurisdicción u organismo del comitente. En caso de no verificarse los condicionamientos, la máxima autoridad dictará un acto administrativo rechazando la redeterminación de precios. En ambas situaciones, el plazo para resolver la aprobación o rechazo de la redeterminación de precios será de noventa días hábiles.

Si la redeterminación arroja saldo a favor de la Administración, se procederá a descontar del próximo pago que debiera realizarse. Mientras que si no hubiere pagos pendientes, se requerirá la devolución al contratista en un plazo de treinta días corridos contados desde que fuera notificado, bajo apercibimiento de ejecutar el fondo de garantía o, en su defecto, de iniciar las acciones judiciales pertinentes.

Finalmente, el capítulo V incorpora las "Cláusulas transitorias", donde se establecen los procedimientos para aplicar el nuevo régimen a los procedimientos de selección en trámite (cláusula 1ª), a los contratos de obra pública y a todos los contratos que les fuera de aplicación el decreto 1295/2002 y se encontraren adjudicados o en ejecución al momento de la entrada en vigencia del presente decreto (cláusula 2ª), entre otros supuestos.

### III. Conclusiones

No debe olvidarse que uno de los rasgos principales de los contratos administrativos es que ellos se encuentran sujetos al principio del equivalente económico, principio positivizado en el art. 1º del Régimen de Redeterminación de Precios de Contratos de Obra Pública y de Consultoría de Obra Pública aprobado por el decreto 691/2016, que expresamente establece que "tiene por objeto el mantenimiento del equilibrio económico financiero de los contratos de obra pública y de consultoría de obra pública financiados total o parcialmente con fondos del Estado nacional a través del establecimiento de valores compensatorios de las variaciones de los



insumos".

En materia de contratos de obra pública, no son pocas las razones que motivan esta particular protección. Básicamente se procura, además de asegurar la debida ejecución de la obra, mitigar fuertemente e, inclusive, eliminar aquellos riesgos —ajenos al actuar del contratista— que permitan obtener mejores precios en las ofertas que se formulen, evitar sobrecostos innecesarios, que siempre se trasladan al precio de la obra, y evitar que los contratistas caigan en la ruina —por razones ajenas a su conducta—, atento a su carácter de colaboradores de la Administración [\(47\)](#).

Si bien el decreto recientemente dictado intenta hacerse cargo de las principales dificultades que se mantenían irresueltas en el régimen anterior, también lo es que **existen algunas cuestiones que no han quedado claramente explicitadas y otras cuya evolución queda subordinada al ejercicio de potestades discrecionales (v.gr., diseño de los pliegos en punto a la estructura de ponderación de insumos principales o estructura de costos y las fuentes de información de precios, la modificación del porcentaje de la cláusula gatillo, la valoración de la oportunidad de realizar redeterminaciones definitivas durante la ejecución del contrato, entre las más relevantes).**

Cabe recordar que la finalidad de los sistemas estabilizadores del precio es la debida ejecución y cumplimiento del contrato y para asegurarlo, en un contexto económico como el de los últimos años, resulta necesario que tanto en el diseño como en la faz de aplicación de estos instrumentos se den claras señales en el sentido de resguardar el equilibrio del sinalagma contractual a lo largo de la vida del contrato, esto es, generar un grado de predictibilidad tal que permita que los contratos de obra pública se adjudiquen y concluyan a precios que no necesiten incorporar el riesgo inflacionario entre sus costos, porque la incertidumbre, indiscutiblemente, tiene costo fiscal.

(1) BO del 19/5/2016, nro. 33.382.

(2) BO del 22/7/2002, nro. 29.945.

(3) Cassagne, Juan Carlos, "El equilibrio económico-financiero del contrato administrativo", RDA, nro. 1.

(4) Cfr. Barra, Rodolfo C., Contrato de obra pública, t. III, Ábaco, Buenos Aires, 1988, p. 1124.

(5) Cfr. Guglielminetti, Ana P., "Sobre el régimen de redeterminación de precios en la ciudad de Buenos Aires (u otro intento de mitigar los impactos de la inflación en los contratos administrativos)", REDA 95-1103.

(6) BO del 22/7/2002.

(7) Art. 14, decreto 1295/2002.

(8) Los demás incisos del art. 8º refieren a: "b) Empresas y sociedades del Estado que abarca a las empresas del Estado, las sociedades del Estado, las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, las sociedades de economía mixta y todas aquellas otras organizaciones empresariales donde el Estado nacional tenga participación mayoritaria en el capital o en la formación de las decisiones societarias."c) Entes públicos excluidos expresamente de la Administración nacional, que abarca a cualquier organización estatal no empresarial, con autarquía financiera, personalidad jurídica y patrimonio propio, donde el Estado nacional tenga el control mayoritario del patrimonio o de la formación de las decisiones, incluyendo aquellas entidades públicas no estatales donde el Estado nacional tenga el control de las decisiones."d) Fondos fiduciarios integrados total o mayoritariamente con bienes y/o fondos del Estado nacional".

(9) Por su parte, el decreto 1295/2002 resultaba de aplicación a los contratos de obra pública regidos por la ley 13.064 y excluía a las concesiones con régimen propio y cobro directo al usuario, así como los contratos de concesión de obra y de servicios, licencias y permisos.

(10) Art. 2º, Anexo I, del decreto 691/2016.

(11) Cfr. Druetta, Ricardo T. y Guglielminetti, Ana P., Ley 13.064 de Obras Públicas comentada y anotada, 2ª ed., AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2013, p. 25.

(12) Cfr. Druetta, Ricardo T. y Guglielminetti, Ana P., Ley 13.064..., cit., p. 25.

(13) Cfr. Druetta, Ricardo T. y Guglielminetti, Ana P., Ley 13.064..., cit., p. 26.

(14) Tal dato no es menor, por cuanto el art. 58 de la ley 23.696, modificatorio de la ley 17.520 de Concesión de Obra Pública prevé que "el acto de apertura, la continuación del procedimiento licitatorio, la adjudicación y posterior continuación del contrato se regirán en lo pertinente por los principios de la ley 13.064, sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 1º de la presente". A su vez, mediante art. 9º del decreto 691/2016, que introduce una modificación al decreto 634/2003, se dispone que: "El Ministerio de Energía y Minería podrá

redeterminar el canon o precio correspondiente a la parte faltante de ejecución de una ampliación de transporte de energía eléctrica en alta tensión o por distribución troncal sólo cuando el costo de los rubros principales que lo componen y que se especifican en el Anexo de este acto del que forma parte integrante, hayan alcanzado un valor tal que resulte una variación promedio de los precios del contrato de la ampliación superior al cinco por ciento (5%). Esta redeterminación de canon o precio podrá realizarse únicamente hasta la habilitación comercial de la ampliación".

(15) Cabe recordar que la ley 2809 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, modificada en el año 2014 por la ley 4873, habilita a aplicar el régimen de redeterminación de precios a los contratos de servicios y de servicios públicos y a los contratos de suministro en los que se establezca expresamente su aplicación.

(16) Art. 5º, decreto 691/2016.

(17) Mediante el art. 10 del decreto 1295/2002 se facultó al Ministerio de Economía y a la Secretaría de Obras Públicas de la Presidencia de la Nación para que por resolución conjunta de ambas jurisdicciones se dictaran las normas interpretativas, aclaratorias y complementarias que correspondieren. En el mismo artículo se previó la creación de una Comisión cuyo objeto sería efectuar, periódicamente, el estudio y seguimiento de las condiciones generales del mercado de la construcción, como así también de la formación y evolución de los precios de los factores que inciden en el precio total de las obras. En cumplimiento de ello, la resolución conjunta del Ministerio de Economía y de la Secretaría de Obras Públicas 396/2002 creó la Comisión de Seguimiento del Sector de la Construcción, integrada por un representante de cada uno de los siguientes organismos: el Ministerio de Economía, la Secretaría de Obras Públicas, la Dirección General de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Economía, la Unión Obrera de la Construcción de la República Argentina (UOCRA) y la Cámara Argentina de la Construcción. Su finalidad esencial fue asesorar, a través de recomendaciones no vinculantes, sobre el análisis de la factibilidad de incorporar otros elementos significativos del precio al régimen de redeterminación y proponer soluciones en los casos en que se registrara la falta de representatividad de la variación de referencia establecido en el decreto 1295/2002.

(18) Dispone el artículo: "Las facultades y obligaciones que establece la presente ley, podrán ser delegadas por el Poder Ejecutivo en autoridad, organismo o funcionario legalmente autorizado".

(19) A nivel local —tanto de las provincias como de la CABA— se registran antecedentes de reducción del umbral de revisión, así como modificaciones vinculadas con la disminución o supresión de un porcentaje fijo e inamovible del precio. Sobre el punto puede consultarse, Guglielminetti, Ana P., "Sobre el régimen de redeterminación de precios en la ciudad de Buenos Aires (u otro intento de mitigar los impactos de la inflación en los contratos administrativos)", RDA 95-1103.

(20) El decreto 1295/2002 permitía la redeterminación —a solicitud del contratista— cuando los costos de los factores principales del contrato (establecidos en su art. 4º) habían adquirido un valor que reflejaran una variación promedio superior al 10% de los precios básicos de contrato o al precio surgido de la última redeterminación.

(21) Art. 3º, párr. 1º, Anexo I del decreto 691/2016.

(22) Art. 3º, párr. 2º, Anexo I del decreto 691/2016.

(23) Art. 4º, párr. 1º. En el régimen del decreto anterior se determinó que los nuevos precios se aplicarían sólo sobre las obras que debían ejecutarse posteriormente al período en que el precio se mantiene fijo. De ahí que implicaba la aplicación del sistema hacia el futuro. En el caso de verificarse una variación promedio del 10% o superior entre la fecha de presentación de oferta y la firma del contrato, la redeterminación de precios sería procedente desde el inicio de éste y respecto de las variaciones producidas en dicho período.

(24) Art. 9º, párrs. 1º y 2º, Anexo I del decreto 691/2016.

(25) Art. 5º, Anexo I, del decreto 691/2016.

(26) En lo relativo a las fuentes de información utilizadas para determinar los incrementos de precios, el decreto 1295/2002 establecía que se acudiría al INDEC o, en caso de ser necesario, a la información suministrada por otros organismos oficiales (SIGEN) o especializados, aprobados por el comitente, para el mismo período. Por otra parte, el aumento de precios no podía ser superior a los informados por estos organismos.

(27) Arts. 6º y 15 de la metodología que como Anexo integra el decreto 1295/2002.

(28) Art. 5º, in fine, Anexo I del decreto 691/2016.

(29) El decreto 1295/2002 determinó que formarían parte del régimen de redeterminación los aumentos de las alícuotas impositivas, aduaneras o cargas sociales trasladables al consumidor final, en su probada incidencia.

(30) Gordillo, Agustín A., "Mayores costos. Imprevisión. Indexación", en AA.VV., *Contratos administrativos*, t. II, Astrea, Buenos Aires 1982, ps. 900/901.

(31) "Art. 4º.— Los nuevos precios se determinarán ponderando los siguientes factores según su probada incidencia en el precio total de la prestación:"a) El precio de los materiales y de los demás bienes incorporados a la obra."b) El costo de la mano de obra de la construcción."c) La amortización de equipos y sus reparaciones y repuestos."d) Todo otro elemento que resulte significativo a criterio del comitente."Un diez por ciento (10%) del precio total del contrato se mantendrá fijo e inamovible durante la vigencia del mismo" (énfasis agregado).

(32) Cfr. Druetta, Ricardo T. y Guglielminetti, Ana P., *Ley 13.064...*, cit., p. 301.

(33) En el decreto 1295/2002 se establecía que un 10% del precio total del contrato era fijo e inamovible durante su vigencia, entendido como aquel porcentaje al beneficio del empresario (cláusula conocida como de "congelamiento" de una porción del precio). Esto implicaba que el contratista asumía una parte considerable del riesgo contractual, lo que —en definitiva— significaba una pérdida para él.

(34) Ver, en especial, considerandos 8 a 11.

(35) Cfr. Crivelli, Julio C. y Vega, Susana, "Un nuevo sistema de redeterminación de precios para la obra pública: el DNU nro. 1295/02", primera entrega, *RAP* [209], p. 35.

(36) Moreno Gil, *La revisión de precios en la contratación administrativa*, Civitas, Madrid, 1980, p. 140.

(37) Cfr. Gordillo, Agustín A., "Mayores costos...", cit., ps. 900/901.

(38) Este procedimiento, en su diseño, es el aplicado desde hace algunos años en la CABA. Cfr. Guglielminetti, Ana P., "Sobre el régimen...", cit.

(39) Art. 31, párr. 2º, Anexo I, decreto 691/2016.

(40) Asimismo, tendencialmente debería evitar ciertas disfunciones del sistema anterior vinculadas con la omisión por parte del contratista de formular la última solicitud de redeterminación.

(41) El decreto 1295/2002 exigía, además, que en los pliegos se demandara a los oferentes la presentación de documentación que desagregue el presupuesto por ítem, indicando volúmenes o cantidades respectivas y precios unitarios, o su incidencia en el precio total, cuando correspondiera. En él se requería la inserción del análisis de los precios de cada uno de los ítems, incluyendo cargas sociales y tributarias.

(42) Si bien la norma refiere a la descalificación de la oferta, en rigor, de lo que se trata es de una oferta inadmisibles. Al respecto, explica Julio R. Comadira que "un llamado a licitación pública puede fracasar por la ausencia de ofertas (licitación desierta), por haberse formulado propuestas inadmisibles, o bien porque las ofertas presentadas resultan inconvenientes. La Procuración del Tesoro de la Nación ha distinguido claramente entre los conceptos de oferta inadmisibles y oferta inconveniente, señalando que el primero corresponde a la propuesta apartada de las exigencias específicas del pliego, mientras que el segundo, en cambio, se refiere a la situación que se configura cuando la oferta, aun ajustándose al pliego, resulta, no obstante, inconveniente por razones de precio, financiación u otras circunstancias (Dictámenes 77-43 y 265, 103-5, 146-159, 203-148, 225-197)". (Comadira, Julio R., *La licitación pública*, Depalma, Buenos Aires, 2000, p. 10).

(43) Art. 21 del Anexo I del decreto 691/2016.

(44) Dicho artículo dispone: "El silencio o la ambigüedad de la Administración frente a pretensiones que requieran de ella un pronunciamiento concreto, se interpretarán como negativa. Sólo mediando disposición expresa podrá acordarse al silencio sentido positivo. Si las normas especiales no previeren un plazo determinado para el pronunciamiento, éste no podrá exceder de sesenta días. Vencido el plazo que corresponda, el interesado requerirá pronto despacho y si transcurrieren otros treinta días sin producirse dicha resolución, se considerará que hay silencio de la Administración".

(45) Cfr. Grecco, Carlos M., "Disciplina del silencio administrativo en el marco regulatorio del transporte y distribución del gas natural" en Grecco, Carlos M. y Muñoz, Guillermo A., *Fragmentos y testimonios del derecho administrativo, Ad-Hoc*, Buenos Aires, 1999, en especial, ps. 281 ss.

(46) Art. 25 del Anexo I del decreto 691/2016.

(47) Cfr. Cassagne, Juan C., "La responsabilidad contractual en la obra pública", *RDA* 75-113.